

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
GRADUAÇÃO EM DIREITO**

FILLIPE PAULO BAPTISTA

**A AÇÃO DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS SERIA
O “*DISCOVERY* BRASILEIRO”?**

VITÓRIA
2019

FILLIPE PAULO BAPTISTA

**A AÇÃO DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS SERIA
O “*DISCOVERY* BRASILEIRO”?**

Trabalho de Conclusão de Curso (monografia) apresentado no programa de graduação em Direito da Faculdade de Direito de Vitória (FDV) como requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientado pelo professor Marcos Vinícius Pinto.

VITÓRIA

2019

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, é oportuno aproveitar este momento solene para agradecer ao Deus e Pai de nosso Senhor Jesus Cristo pela graça de concluir o presente trabalho, por todo apoio familiar e institucional que preciso, por ter acesso a um curso bem estruturado e pelos excelentes professores.

Ao prof.º dr.º Paulo Neves Soto pelo incentivo prestado semestres atrás que me auxiliou a continuar.

À minha família que me sustentou e encorajou por inumeráveis momentos difíceis.

Aos meus colegas pela companhia constante, ideias, apoio e ânimo.

Ao meu ilustre orientador pela hercúlea paciência e disposição para não me deixar abater pelos prazos que me assolaram neste intenso semestre que passou e quase me fizeram desistir.

À Faculdade de Direito de Vitória por sua estrutura e currículo, mas principalmente por seu corpo docente, empregados e diretoria comprometidos com o crescimento de cada educando.

"A arte do processo não é senão a arte de administrar as provas." (Jeremy Bentham, *Traité des preuves judiciaires*, Trad. de Ét. Dumment, edição de 1823, 1º vol., pág. 3)

RESUMO

O presente trabalho trata da ação de produção antecipada de provas e do procedimento denominado *discovery* empregado na fase *pretrial* no direito processual americano. Certo de que o se debruçar nos estudos de direito processual é um compromisso com o aperfeiçoamento do mesmo aumentando a celeridade processual e mantendo o respeito aos direitos fundamentais, o presente trabalho se dedica em expor o instituto da produção antecipada de provas, elementos fundamentais e limitações, sempre imprimindo as críticas feitas pela doutrina e bibliografia especializada. No mesmo sentido, trata-se do instituto do *pretrial discovery* no contexto americano, valendo-se de bibliografia norte-americana e brasileira na exposição na explicação do seu surgimento, exposição dos seus elementos, limites e críticas. Acompanhando o teor da bibliografia especializada sobre o referido instituto americano, finda-se o trabalho com uma breve comparação entre ambos os institutos sugerindo que dadas as diferenças conjunturais entre ambos e a distância estrutural dos ordenamentos jurídicos brasileiro e norte-americano é possível afirmar que se aproximam em várias características e propósitos, podendo afirmar que se tratam de institutos semelhantes, entretanto de eficácia diferente em seus países por razões conjunturais e estruturais.

Palavras-chave: Produção antecipada de provas. *Discovery*. *Pretrial*. *Common Law*. Direito comparado. Contraditório. Direito autônomo à prova. Celeridade processual.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 DA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA	9
1.1 INTRODUÇÃO HISTÓRICA AO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO E À PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS.....	10
1.2 DIREITO À PROVA.....	15
1.3 NATUREZA JURÍDICA DA PRODUÇÃO ANTECIPADA DA PROVA.....	17
1.4 COMPETÊNCIA.....	19
1.5 CABIMENTO.....	20
1.6 PETIÇÃO INICIAL.....	21
1.7 DA DEFESA E DO PEDIDO CONTRAPOSTO.....	22
1.8 LIMITES.....	24
1.9 POSSIBILIDADE DE TUTELA PROVISÓRIA.....	25
1.10 VALOR DA CAUSA.....	25
1.11 CITAÇÃO.....	26
1.12 DECISÕES.....	27
1.13 CUSTAS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.....	28
2 DO <i>DISCOVERY</i>	29
2.1 INTRODUÇÃO HISTÓRICA AO SISTEMA PROCESSUAL DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA E OS ELEMENTOS DO <i>DISCOVERY</i>	30
2.2 LIMITES E CRÍTICAS.....	39
3 A AÇÃO DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS SERIA O "<i>DISCOVERY</i> BRASILEIRO"?	41
CONCLUSÃO	43
REFERÊNCIAS	44

INTRODUÇÃO

A Ciência Jurídica é imperiosa no mundo moderno. Regendo os governos, impelindo impressões e comportamentos sociais ou mesmo sendo responsável pela superação de alguns deles. Seja para elogiá-la ou para criticá-la, acreditamos que nos tempos atuais é inevitável que todos os indivíduos de todas as profissões tenham que entender o lugar que a legislação o coloca e como “viver conforme as regras”.

Esse caminhar também tange o destino daqueles que se ocupam estritamente com a prática forense. Mesmo que dominemos o direito material que vigora no Brasil (ou incide neste país a partir de tratados e normas internacionais), o desconhecimento ou inadequação das regras ao contexto empírico pode significar a absoluta impraticabilidade do direito material que realmente materializa (ou permite se materializar) os anseios do ser humano.

E certamente essa é a grande preocupação que ocupa a mente dos processualistas. A preocupação de “fazer o processo funcionar”, fazer o dever-ser “prometido” pelo Direito, pelos direitos fundamentais, tornar-se realidade e guia das condutas nas relações sociais e atuação jurisdicional do Estado-juiz.

Como veremos adiante no presente trabalho, nota-se que o direito processual caminha na direção de uma elaboração mais eficiente, regido pelo já implementado constitucionalismo e “nos ventos” de uma constante relação dialética com outros ordenamentos jurídicos.

O método do Direito Comparado vem sendo amplamente utilizado para importar institutos jurídicos ou mesmo tomá-los como objetos de “inspiração” para o aperfeiçoamento do ordenamento jurídico pátrio através de ilustres estudiosos que se ocupam da nobre tarefa de pensar, articular e ensinar em prol de um avanço comum.

E é sobre um desses avanços que recentemente está sendo praticado no ordenamento jurídico brasileiro e definitivamente hoje alcança um grau de “maturidade”, análise doutrinária e jurisprudência nas searas de juristas brasileiros que se refere o presente trabalho: o instituto da produção antecipada de provas.

Um instituto processual que visa o aperfeiçoamento do processo judicial, aprimorando sua utilidade e aperfeiçoando a matéria probatória que instruirá um possível processo judicial para discussão de mérito ou se mostra tão eficiente em determinados casos concretos que já se faz suficiente para o convencimento das próprias partes que a *lide* judicial não é o melhor caminho para resolução do conflito.

Esse procedimento consiste num momento instrutório do processo, investido de algumas peculiaridades que serão apresentadas a frente, lembrando muito o instituto jurídico denominado *discovery* que foi concebido na sua forma moderna nos Estados Unidos da América em 1938.

Devido a essas semelhanças (que serão abordadas neste trabalho), muito se pode conjecturar sobre a possibilidade de uma ampliação do instituto da ação de produção antecipada de provas como é nos Estados Unidos da América na tentativa de se assemelhar a esse instituto do direito processual norte-americano que é apontado como um dos maiores responsáveis pela eficiência do ordenamento jurídico norte-americano em incentivar a autocomposição.

A título de provocação, existem autores na atualidade que apostam na implementação de um instituto processual como o *discovery* norte-americano no ordenamento jurídico brasileiro como um instrumento substantivo para desestimular a assídua litigiosidade dos brasileiros:

Ora, como mencionado alhures, na atual sistemática, por conta da ausência de meios legais capazes de fornecer transparência às negociações, encontra-se o colaborador em posição totalmente desfavorável, uma vez que, ao proceder às negociações, desconhece totalmente que provas lhe pesam em desfavor.

[...]

Nesse panorama, consigna-se que uma maneira de reduzir essa desigualdade negocial, a qual somente fortifica a disparidade de armas que tem imperado no processo penal contemporâneo, seria estabelecer critérios

bem delimitados, como, por exemplo, a instituição de uma estrutura de conhecimento das fontes de provas em delações

[...]

Note-se que a incorporação do método do *discovery*, na prática, seria a efetiva “positivação” da lealdade e da boa-fé objetiva no campo da negociação, “elevando” os enunciados principiológicos — cuja hipótese de incidência é aberta, e o consequente normativo, indeterminado — à categoria de norma procedimental taxativa, com previsão de sanção expressa em caso de inobservância. (MELO; BROETO, 2018, p.3-4)

E esse anseio esboçado por autores como os citados acima não pode ser encarado como exacerbado. Especialmente quando informações oficiais como aquelas do Conselho Nacional de Justiça que publicou no ano de 2018 seu louvável e mui útil relatório “Justiça em Números” demonstrando que progressivamente os processos judiciais no Brasil têm aumentado. Dados esses que ao mesmo tempo nos aliviam por sabermos das estatísticas e termos uma dimensão da nossa situação como também nos despertam preocupações exatamente por isso.

Após essa constatação, tomemos como comparação o cenário norte-americano:

Além disso, no sistema norte-americano, o acesso aos Tribunais é mais reduzido, o que retrata nos números de processos pendentes. Por exemplo [comparando com o ano de 2014], conforme estatísticas produzidas pelo *United States Courts*, aguardavam julgamento nas *U.S. Courts of Appeals*, 41.670 casos, número 18,7% menor do que o estoque de processos existentes em 2004. Nas *U.S. District Courts*, existia 300.485 processos cíveis pendentes de julgamento, número 5,5% maior que em 2004. Além disso, nas *U.S. Bankruptcy Courts*, 1.534.652 ainda precisavam ser julgados, em 2013, quantidade 7,4% menor que a existente em 2004. (CAMBI; PITTA, 2015, p. 03)

Ante ao apresentado acima, podemos nos perguntar se realmente o referido instituto jurídico norte-americano poderia ser uma resposta ou, pelo menos, uma etapa útil para aumentar a eficiência da estrutura do Poder Judiciário. Seguramente podemos afirmar que a inclusão da “Produção Antecipada de Prova” no atual e recente Código de Processo Civil brasileiro também é uma tentativa de atingir esse objetivo.

E, como se observa, esse recente instituto jurídico brasileiro carrega muitas semelhanças com o *discovery* norte-americano fazendo merecer uma análise comparativa entre ambos para concluir se a recém incluída ação de produção antecipada de provas no ordenamento jurídico brasileiro poderia ser o precursor de tamanha “solução”, como é apontado no contexto norte-americano, ou ao menos um

indicado procedimento que devemos estudar e incentivar mais na prática forense. Para atingir esse propósito, o presente trabalho será dividido em três partes.

Inicialmente, será disposta uma apresentação da ação de produção antecipada de prova, com breve histórico do direito processual brasileiro para fins de contextualização, seguindo com a abordagem dos elementos e práticas que compõem esse instituto no ordenamento pátrio.

Em seguida será apresentado o instituto jurídico-processual do *discovery* americano, apresentado uma introdução ao ordenamento jurídico americano e alguns elementos que caracterizam essa prática. Por causa das peculiaridades próprias dos Estados Unidos da América, o presente trabalho se aterá somente às regras procedimentais utilizadas em âmbito federal do país norte-americano. Pois os Estados federativos dos Estados Unidos têm competência para legislar sobre matéria processual, resultando numa gama de 51 códigos processuais, fora os códigos processuais que incidem em tribunais “especiais-constitucionais”.

Por fim, o presente trabalho fará uma comparação entre os dois institutos utilizando os limites e orientações da metodologia de Direito Comparado para estabelecer semelhanças entre os mesmos, citando ainda algumas práticas semelhantes que vêm sendo internalizadas noutros ordenamentos jurídicos que também se assemelham ao *discovery* americano.

1 DA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA

[...] provar é cogitar do convencimento de outrem, a respeito da verdade sobre determinada coisa (ou fato, como parece preferível) [...] segundo meios e métodos adequados, variáveis segundo o objeto, o destinatário e, até mesmo, a finalidade." (FRANÇA, 1977, p. 310)

Em todo o Direito de todas as épocas a produção de provas é sabidamente essencial para o prosseguimento de qualquer processo de julgamento. Toda decisão para convencimento daquele investido de autoridade para declarar, resolver ou

condenar numa situação jurídica deve ser investida por elementos que lhe aferem certeza sobre o fato que se discute. Desde sistemas fundamentados em algum misticismo (como já foram alguns procedimentos em tribunais religiosos) até a utilização de provas documentais. A constituição de método para articular o convencimento para decisão se refere a “essência do ser” do processo jurisdicional. Vejamos:

Efetivamente, prova é o produto da atividade das partes no processo, que serve à convicção do julgador sobre a verdade dos fatos afirmados. A prova existe, no processo, para levar o julgador à convicção sobre a veracidade ou não das afirmações dos litigantes. É esta a sua finalidade, é este o seu sentido. Daí a razão para que o conceito de prova tome por base o sentido de resultado.

Prova é mais que mero meio de demonstração. É mais que mera atividade das partes na demonstração de suas alegações. Prova é o produto de tudo isso. (MARINS, 2004, 38)

Por isso, não por acaso, a discussão sobre a prova seu conceito, lugar, competência e amplitude e o procedimento para sua concepção sempre foi tema central na escola processualista brasileira desde de sua gênese naquela denominada “escola processualista de São Paulo” (GRINOVER, 1998, p. 5).

1.1 INTRODUÇÃO HISTÓRICA AO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO E À PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS

Num rápido adentro, a história da Ciência Jurídica no Brasil tem, por óbvio, seu início no Direito Português ainda de fortes traços medievais na compilação das Ordenações Afonsinas (1446-1521) criadas por Dom Afonso V (1432-1481), rei de Portugal, substituídas depois pelas Ordenações Manuelinas (1521-1603). Sendo esta seguida pelas Ordenações Filipinas que perduraram em Portugal de 1603 até 1868, mas no Brasil permaneceu como vigente até 31 de dezembro de 1916 (MARINS, 2004, p. 23).

Tratando-se propriamente do sistema processual das referidas ordenações legais que vigoraram no país, é notável a ausência de procedimentos cirurgicamente

delimitados e altamente criteriosos no "sequestro da *lide*" pelo Estado Absolutista ainda em ascensão. É no reinado dos "reis filipes" (dinástica de Habsburgo, 1580-1640), destacando-se a tradição jurídica espanhola (WEHLING; WEHLING, 2004, p. 116), que foi transportada para o Brasil um novo arcabouço administrativo para o sistema judicial (desde novos edifícios até o refinamento de regimento dos tribunais) almejando estabelecer procedimentos que diminuísse a influência dos vice-reis e demais atores políticos nas diligências dos tribunais e na constituição de fatos nos processos para tornar o processo judicial mais objetivo, racional e menos político.

Como sabemos, o apogeu de modificações do sistema judicial, na vigência das Ordenações Filipinas, ocorreram durante o governo do célebre Marquês de Pombal (Sebastião José de Carvalho e Melo, 1699-1782), secretário de Estado do rei José I (1714-1777), da casa de Bragança, profundamente influenciado por aquilo que posteriormente chamamos de "despotismo esclarecido", estabelecendo maior controle sobre os juízos, desembargadores e tribunais de relação (WEHLING; WEHLING, 2004, p. 30).

Nesse período, a marca das reformas produzidas pelo secretário de Estado e sancionadas pelo rei se deram no âmbito administrativo do sistema Judicial com claros impactos na prática do direito processual. O contexto brasileiro deixou de ser "algo de colônia" e passou a ter seus próprios tribunais, servidores exclusivos e sistema recursal voltado para "manter o processo no Brasil" sem precisar levá-lo sempre para Portugal.

Por certo que o sequestro da *lide* já vinha sendo promovida desde a ascensão do Estado Português como um Estado absolutista, restringindo a auto-tutela do direito (direito natural ainda). Mas somente na administração dos reis espanhóis (que também herdarão o trono português) e no desenvolvimento promovido durante a dinastia de Bragança que a estratificação e elaboração do sistema Judicial do Brasil recebeu uma "nova página" apesar do direito processual em si não ter sido alterado substancialmente.

Nada obstante às atualizações que as Ordenações Filipinas trouxeram ao ordenamento jurídico brasileiro-português até então, estas poderiam ser encaradas

como meras atualizações das Ordenações Afonsinas (MARINS, 2004, p. 23) que ainda mantinham como meios de prova o "juramento", as testemunhas e os documentos (num sentido mais amplo). Trazendo somente uma incipiente forma de produção antecipada de prova quando se tratava de testemunho de pessoa enferma (Livro III, Título LV, §§7º e 8º das Ordenações Filipinas). Contudo, sendo esse o olhar de um ponto de vista moderno, a bibliografia que trata da história do Direito brasileiro é direta quando se refere ao passado jurídico brasileiro como excelente em relação a própria época:

A excelência que a legislação portuguesa representava para a época - e bem assim para os dias de hoje em termos de experiência histórica - deveu-se à adoção de principiologia jurídica que levou à codificação. O estudo do direito, portanto, somado à experiência, possibilitou a formação de sólido arcabouço jurídico em forma sistemática que persiste até os dias de hoje.

A herança legada pelo Corpus Juris Civilis, renovada nas ordenações portuguesas e consubstanciadas no Código de Napoleão, desaguou em nossa vida jurídica marcando nossos ordenamentos com a preponderância do individualismo e do liberalismo. Regula-se, assim, nossa sociedade com a ordem jurídica baseada em princípios de natureza ética. (MARINS, 2004, p. 26)

Após a independência em 1822, por força da Lei de 20 de outubro de 1823 continuou a vigorar a antiga legislação portuguesa, permanecendo a prática processual das Ordenações Filipinas amplamente. Em 1850 o Governo Imperial publicou o Código Comercial e seu código processual (MARINS, 2004, p. 27) conhecido como "Regulamento 737", mantendo, porém, as causas cíveis sobre regência das Ordenações Filipinas.

Vindo a proclamação da República em 1889, o Governo Provisório expandiu o Regulamento 737 para as causas cíveis a partir de 1890, permanecendo ainda as Ordenações Filipinas como instrumento residual. Somente a partir da Constituição da República de 1891 (CF/1891), atribuindo aos Estados da federação competência para legislar em matéria processual, que o Brasil experimentou uma evolução do ponto de vista sistemático mais impactante (MARINS, 2004, p. 30), tendo o Código de Processo Civil e Comercial do Paraná (promulgado em 1920) como diploma marcante desse período e paradigmático para aqueles que viriam subsequentemente.

Já havendo universidades de Direito brasileiras (Faculdade de Direito de Olinda e de São Paulo) desde o século XIX, nomes emblemáticos como Francisco de Paula Batista (1811-1881), José Antônio Pimenta Bueno (1803-1878), João de Almeida Mendes Júnior (1856-1923) e Estevam Araújo de Almeida (1863-1926) surgiram no ambiente pátrio, anunciando uma Ciência Jurídica única e elaborada que se refletiu nos diplomas legais acima citados e criou um "solo propício" para as próximas gerações de juristas brasileiros criarem um ordenamento moderno e dialético com outras tradições jurídicas além da influência ibérica. Para isso, é importante destacar a promulgação do Código de Processo Civil unitário de 1939 (CPC/39) como marco inicial de um novo momento:

Só mais recentemente - por volta dos anos 30 - surgiram processualistas mais afeitos ao novo método científico do direito processual e às suas modernas teorias. E, no mesmo período, a promulgação do Código de Processo Civil unitário de 1939 produziu efeitos catalisadores, com repercussões profundas nos estudiosos brasileiros. (GRINOVER, 1998, p. 4)

No século XX, é impossível não destacar a figura de Eurico Tullio Liebman (1903-1986) trazendo a influência da processualística italiana a partir de 1940 quando chegou no Brasil para se distanciar da guerra. Sobre tudo pela atuação dos seus "discípulos", a influência de Liebman trouxe novos ares com modernidade e sofisticação processuais nunca antes vistos em solo pátrio. E essa influência notavelmente modificou todo o Ordenamento brasileiro porque o direito processual é peça fundamental em todo funcionamento da "máquina" que é o Poder Judiciário.

Os eméritos alunos de Liebman exerceram influência através de seus escritos clássicos e ativa presença nas universidades e tribunais, influenciando todas as áreas do direito processual, destacando-se o ponto culminante de sua influência na obra do Ministro Alfredo Buzaid (1914-1991): o anteprojeto de lei que se tornou o Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73). Assim como foi o CPC/39 um "divisor de águas" prático e simbólico para um novo momento no ordenamento brasileiro, o CPC/73 também o foi.

Em meados do século passado até seu final, foi perceptível a presença dos chamados estudos constitucionais voltando o centro gravitacional do Ordenamento Jurídico para a Carta Magna do país, como apontam as autoras:

[...] ao relacionar Constituição e constitucionalismo nos Estados democráticos, evidencia-se que o movimento constitucionalista marca um propósito dentro do Estado nacional, qual seja a sua limitação por direitos efetivados no texto legal [...].

Nesse sentido está a evolução constitucional, característica essencial do Estado Democrático de Direito, na busca por noções de pertencimento e de cidadania em constante mutação aliadas à busca por novos direitos, marcados de forma expressiva pela sociedade informacional. Busca essa essencial para a solidificação do modelo de governo da democracia. (NASCIMENTO; PEREIRA, 2016, p. 254)

Nisso o CPC/73 também foi de grande valia devido a alta instrumentalização e maior objetividade procedimental que lhe foi impressa (em relação ao que era no passado). No que tange a produção antecipada de prova, o CPC/73 trouxe a figura das medidas cautelares que mais tarde passaram a ser expandidas pela doutrina jurídica pátria a partir de uma interpretação sistemática do novo diploma como: medidas cautelares nominadas e medidas cautelares inominadas; criando um fundamento doutrinário que mais tarde adequou e recebeu o instituto da produção antecipada de provas do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15).

O final do século XX foi marcado por um impulso constitucional renovando todo o Ordenamento e realçando princípios constitucionais na aplicação do direito processual (GRINOVER, 1998, p. 7). Esse movimento constitucionalista ocasionou o advento da Constituição Federal de 1988 (CF/88) com uma redação aberta e apta para acompanhar a multiplicidade de desafios e incertezas que acompanharam o novo século, porém mantendo firme um arcabouço principiológico que claramente reverberou no CPC/15 marcando o Ordenamento Jurídico brasileiro:

A criação de normas constitucionais abertas, ou seja, normas com pouca densidade normativa, é uma das características das sociedades complexas, porque, diante da multiplicidade dos problemas que podem surgir, a Constituição necessita de soluções para acompanhar este casuismo problemático, e, por isso, o conteúdo dessas normas necessita ser objeto de concretização. (PEDRA, 2017, p. 63)

Por fim, decorrente desse movimento que inevitavelmente promoveu uma centralização no ordenamento jurídico passou a incentivar valiosas reformas no direito processual brasileiro, sobre tudo no próprio CPC/73 ainda vigente nas décadas seguintes a promulgação da nova constituição, culminando na promulgação do novo CPC/15 com diversos novos institutos jurídicos como este que orienta o presente trabalho, conforme concorda bibliografia:

O objetivo declarado das reformas [no CPC/73] foi o da celeridade, com as correspondentes simplificação, desformalização e democratização do processo. Muitas das mudanças são destinadas a operar no plano funcional da administração da justiça, para que se alcance o *desideratum* de um processo de resultados. (GRINOVER, 2006, p. 199)

1.2 DIREITO À PROVA

Sem diminuir o vocábulo "prova" como palavra plurissignificante (CAMBI, 2001, p. 41), antes de dirirmos especificamente sobre a natureza jurídica, procedimentos e demais elementos do instituto jurídico abordado neste capítulo, é necessário fazermos uma ressalva quanto ao direito à prova:

Nesses casos, temos aquilo que poderíamos denominar "ações probatórias". A admissibilidade de tais ações não é fenômeno moderno. De há muito, os ordenamentos processuais reconheciam, em certas hipóteses a possibilidade de processos que tivessem por objeto a imposição de produção ou a veracidade da prova. São esses, ainda no direito atual, os escopos das ações probatórias.

Mas, modernamente, a disciplina legal, o estudo e a aplicação concreta das ações probatórias são enriquecidos pela constatação – essa sim, bem mais recente – da existência de um direito autônomo à prova. Supera-se a noção de que as provas têm por destinatário único o juiz, não dizendo respeito às partes. Reconhece-se que as partes têm, em relação às provas, não apenas uma faculdade estritamente instrumental e interna ao processo, atinente ao exercício da ação e da defesa. Mais do que isso, as partes têm direito à produção ou à aferição da veracidade da prova [...]. (TALAMINI; WANBIER, 2018, p. 376)

Reconhecido como um direito fundamental decorrente do próprio princípio do contraditório (BRAGA; DIDIER; OLIVEIRA, 2018, p. 50), o direito à prova evoca uma nova dimensão ou profundidade para valorar a produção de provas nos processos jurídicos modernos. Decerto o realce desse direito traz uma autonomia maior para

as partes, mas também (principalmente nos ordenamentos descendentes do sistema *Civil Law*) trazem a responsabilidade do magistrado como "presidente" do processo, como veremos mais adiante.

Presente em tratados internacionais como o Pacto de São José da Costa Rica (art. 8º) e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 14.1), o direito fundamental à prova pode ser manifesto de diferentes formas: na adequada oportunidade de requerer provas; no direito de as produzir; o direito de participar na produção de provas; e direito de se manifestar; e o direito de ter a prova produzida examinada pelo órgão julgador (BRAGA; DIDIER; OLIVEIRA, 2018, p. 51).

No CPC/15, o direito à prova, assim como tantos outros, encontram-se diluídos em diversos dispositivos legais por todo o diploma legal. A título de exemplo, podemos perceber que recepção desse direito na permissão para manifestação através de razões-finais (art. 364, CPC/15) após a fase instrutória do processo de conhecimento. No art. 474 do CPC/15 também se vê a aplicação do mesmo ao conferir o direito às partes de terem ciência da data e local da realização de prova pericial. E até no processo de inquirição policial, que precede o processo penal, já é possível ver os reflexos do direito à prova (que decorre da expansão do contraditório, como já dito) permitindo a ciência e manifestação do investigado, quando às provas que não comprometam o curso da investigação nos inquéritos policiais (Súmula Vinculante n. 14 do Supremo Tribunal Federal). Em semelhante teor, alude autor:

O direito à prova é componente inafastável do princípio do contraditório e do direito de defesa. O problema não pode ser tratado apenas pelo ângulo do ônus (CPC, art. 333). Necessário examiná-lo do ponto de vista da garantia constitucional ao instrumento adequado à solução das controvérsias, dotado de efetividade suficiente para assegurar ao titular de um interesse juridicamente protegido em sede material, a tutela jurisdicional.

Para que o processo possibilite real acesso à ordem jurídica justa, necessária a garantia da produção da prova, cujo titular é, em princípio, a parte, mas não exclusivamente ela, pois ao juiz, como sujeito interessado no contraditório efetivo e equilibrado e na justiça das decisões, também assiste o poder de determinar as provas necessários à formação de seu convencimento. (BEDAQUE, 1999, p. 168-169)

Por isso, considerando a amplitude que o direito à prova tomou recentemente no ordenamento brasileiro, podemos perceber que o instituto jurídico da produção antecipada de prova chega em bom momento para ampliar e modernizar o trato das partes e do Estado-Juiz com o caminhar do processo jurisdicional. Uma fase que concede maior satisfação às partes (pois também direciona a produção de provas para convencimento das próprias partes), com maior celeridade por aumentar a autonomia das partes para o andamento do processo de seu interesse e solidificando direitos fundamentais (um resultado dos movimentos constitucionalistas que se instalaram em todos os ramos do Direito).

1.3 NATUREZA JURÍDICA DA PRODUÇÃO ANTECIPADA DA PROVA

Transcendendo a matéria da produção de prova na processualística brasileira para tratar especificamente desse instituto que permite a produção de prova em situação peculiar ao processo ordinário, resta-nos definir a ação de produção antecipada de prova tomando como referência os ilustres autores:

A ação de produção antecipada de prova é a demanda pela qual se afirma o direito à produção de uma determinada prova e se pede que essa prova seja produzida antes da fase instrutória do processo para o qual ela serviria. É, pois, ação que busca o reconhecimento do direito autônomo à prova, direito este que se realiza com a coleta da prova em típico procedimento de jurisdição voluntária. (BRAGA; DIDIER; OLIVEIRA, 2018, p. 159)

Trata-se, portanto, de uma ação de tutela judicial que se esgota na produção da prova requerida. Não é pretendida a apreciação das provas produzidas em si, a valoração das provas, mas somente a produção das mesmas. Tendo as provas produzidas no final do processo, os autos receberão algumas tratativas especiais para disponibilidade das provas produzidas e poderão (ou não, a critério dos detentores das provas) ser utilizados em procedimento contencioso.

Essa possibilidade de ação é uma novidade trazida pelo CPC/15 nos artigos 381 a 383. No CPC/73 o máximo que se permitia eram a produção de provas orais ou periciais em caráter antecipado, sempre mediante fundada urgência (artigos 846 a

851 do CPC/73). Tendo ainda outros procedimentos para produção de provas em situações excepcionais à fase instrutória que eram a "justificação" (somente para prova testemunhal) e a "ação de exibição de documentos". No CPC/15, a produção antecipada de provas abarcou todas essas modalidades de provas e ainda retirou a necessidade de demonstração de urgência, fazendo do direito à prova e da alusão aos princípios da eficiência, do devido processo legal e da duração razoável do processo motivos suficientes para sustentar sua existência no ordenamento.

Todavia, devida a essa finalidade procedimental específica de produzir provas, surge no ambiente doutrinário brasileiro uma discussão sobre a classificação da natureza jurídica dessa ação. Parcela dominante da doutrina pátria classifica a produção antecipada de prova como uma ação de jurisdição voluntária retendo somente uma litigiosidade potencial, pois a existência dessa ação não implica necessariamente no surgimento de um processo contencioso (PIMENTEL; RODRIGUES, 2019, p. 418). Enquanto o autor Flávio Luiz Yarshell (e outros autores de elevada relevância nas discussões sobre Teoria da Prova) destaca a referida ação com uma natureza jurídica de "duplicidade peculiar" (YARSHELL, 2009, p. 330-331), cabendo, portanto, a atribuição de instrumento de jurisdição contenciosa, por trazer a ambas as partes a possibilidade de benefício ou prejuízo.

Ainda, o próprio CPC/15 ao ordenar que o magistrado cite os interessados na produção de prova para que se manifestem (art. 382, §1º, CPC/15) já demonstra o caráter contencioso implícito que preenche a produção antecipada de prova. A possibilidade da parte interessada se manifestar contrária a produção de prova seja por algum sigilo legal ou mesmo para evitar um "*fishing expedition*" (terminologia comum nos sistemas de *Common Law* para se referir a utilização de procedimentos legais de produção de provas para angariar informações industriais e de relevância econômica) e outros abusos trazem para o instituto um elemento de atrito de interesses, um sempre possível e iminente atrito entre as partes que não permite a classificação dessa ação como um instrumento de jurisdição autônoma.

É importante, portanto, a classificação da natureza jurídica desse instituto para que haja interpretação conforme a constituição mais coerente com demais princípios constitucionais e até infraconstitucionais, para se perceber, por exemplo, que

inexiste inconstitucionalidade no art. 382, §4º do CPC/15 ao limitar o duplo grau de jurisdição, permitindo somente em relação a decisão que indefira totalmente a produção da prova pleiteada (ARSUFFI, 2019, p. 46), como veremos adiante.

Finalmente, a despeito da produção antecipada de provas no CPC/15 dispensar o caráter de urgência antes obrigatório nas ações cautelares do antigo diploma processual, a existência de urgência na produção antecipada de prova pode permitir a diligência probatória *inaldita altera pars*.

1.4 COMPETÊNCIA

Pelo CPC/73 (no seu artigo de n.º 800), a competência para julgamento de ações probatórias era o mesmo foro que deveria julgar a ação principal, a ação que era objetivo da produção de prova. Isso causava sérios problemas por tornar o processo cautelar eficiente. Havendo uma distância geográfica entre o local da ação principal e o endereço da prova, a possibilidade do perecimento ou completa impossibilidade da prova era enorme.

Acolhendo as críticas doutrinárias à época, o CPC/15 trouxe outros critérios para definir a competência do foro que elevaram a eficiência do processo (ARSUFFI, 2019, p. 175). A exemplo, o critério funcional para definição de competência de foro possibilitou a opção de eleger o foro competente para a ação probatória aquele que é o local efetivamente mais eficiente no caso concreto para tutela de direito, uma possibilidade interessante principalmente quando se há alguma parte mais vulnerável em algum aspecto em detrimento da outra.

Ainda, resolvendo divergência jurisprudencial que vigorava no ordenamento, o CPC/15 no seu artigo 381, §3º dirimiu a questão que permanecia sobre a prevenção do Juízo para julgar a ação principal afirmando expressamente que a prevenção não existirá quando houver ação de produção antecipada de prova autônoma (BRAGA; DIDIER; OLIVEIRA, 2018, p. 165). Até mesmo quando não houver vara federal na

comarca, a produção de prova poderá ser presidida por juiz de direito da Justiça Comum sem gerar prevenção ou nulidade absoluta (art. 381, §4º, CPC/15).

Por fim, no que tange à arbitragem, é necessário destacar que existe uma implícita renúncia da jurisdição estatal quando se elege câmara arbitral para possíveis *lides* futuras, como segue bibliografia:

Nesses casos, a princípio, a conclusão mais evidente é a de que a produção antecipada de provas deve ser ajuizada perante a câmara arbitral, pois as partes, ao estabelecerem a convenção de arbitragem, abriram mão da jurisdição estatal. (ARSUFFI, 2019, p. 181)

1.5 CABIMENTO

Acompanhando as diretrizes alçadas pelo CPC/73, a ação de produção antecipada de prova também é cabível em razões de urgência de qualquer natureza e, indo além, como já dito anteriormente, também pode ser promovida sem urgência evidente (TALAMINI; WANBIER, 2018, p. 379). Nesses casos, a prova produzida pode permitir uma transação entre as partes até através de uma solução extrajudicial. Como já dito acima, a existência de procedimentos probatórios que precedem o processo judicial (ou processo principal no caso brasileiro) é constantemente apontado como um dos maiores vetores para incentivar a transação entre as partes antes do início de ação judicial, causando gastos do Estado-Juiz.

É claro, a produção de prova também instrui melhor o processo judicial principal que pode vir a surgir futuramente, corroborando assim com os princípios constitucionais e infraconstitucionais no tocante ao direito processual, como o princípio da eficiência. Portanto, mesmo que não haja urgência na produção da prova oral ou documental, ela cooperará para organização processual e será um grande instrumento de incentivo a autocomposição (ARSUFFI, 2018, p. 98) por já mostrar de antemão as possibilidades de demonstração do direito em Juízo, permitindo às partes avaliarem os riscos de ingressarem com ação declaratória, por exemplo, e também criando obstáculos para surpresas ardilosas que as partes podem preparar

com a intenção de prolongar ou prejudicar o processo que chegue a correr contra seus interesses. Afinal, como já aludido anteriormente, a produção da prova à luz do moderno entendimento do direito à prova e do contraditório não tem mais unicamente a figura do magistrado como objetivo.

1.6 PETIÇÃO INICIAL

A ação de produção antecipada de prova tem natureza de demanda autônoma e caráter contencioso (ARSUFFI, 2019, p. 184). Nesse sentido, é imperativo que a petição inicial que instruirá a ação pretendida esteja adequada aos critérios elencados pelo art. 319, CPC/15. Entretanto, pelas próprias particularidades dessa ação probatória, alguns impasses são inevitáveis com os incisos III, VI e VII do referido artigo.

A causa de pedir (art. 319, III, CPC/15) que sustenta a ação de produção antecipada de prova deve estar substanciada na demonstração da necessidade da prova pretendida. Sendo a prova em si o pedido e objetivo final da demanda, a demonstração dessa como necessidade relevante para incidir a tutela jurisdicional que deve ser o foco da peça inicial de ação de tal natureza.

Para resolução do aparente impasse quanto às provas que o autor pretende demonstrar (inciso VI), o mesmo deverá indicar quais provas pretende produzir na ação para atestar seu direito autônomo à prova, não sendo necessário indicar propriamente os meios de prova que poderão ser produzidos, segundo doutrina pátria (ARSUFFI, 2019, p. 185).

No que tange ao inciso VII do artigo 319, a audiência de conciliação no início da ação não é condizente com a demanda de produção antecipada de prova. Como já abordado acima, a existência de audiência conciliatória seria ineficiente por não haver ainda nenhum material probatório que possa influenciar no convencimento das partes sobre o direito de qualquer delas. Assim, a existência de audiência de

conciliação se mostra mais coerente se presente no final da ação. Pois já havendo prova produzida, será boa oportunidade para as partes transigirem e terem acordo homologado sem a necessidade de abertura de novo processo judicial.

Insta ainda destacar que a ação probatória em questão será dirigida pela simplicidade (sumariedade) e sem valoração da prova produzida, por óbvio. Sempre que couber poderá ser internalizado algum procedimento ou instituto presente no procedimento comum para sanar lacuna ou necessidade material (TALAMINI; WANBIER, 2018, p. 382), pois este sempre serve com caráter residual para todos os procedimentos de âmbito cível (e processuais em geral quando não houver lei específica pondo outro sistema processual como residual).

1.7 DA DEFESA E DO PEDIDO CONTRAPOSTO

A doutrina pátria concorda em apontar certa incoerência (BRAGA; DIDIER; OLIVEIRA, 2018, p. 169) ou pelo menos alguma inexatidão quando se refere ao artigo 382, §4º do CPC/15. Pois o mesmo expressamente afirma ser proibido a manifestação de defesa em relação ao demandante da produção de prova.

Ora, à luz de todo o arcabouço constitucional lançando alicerces para o entendimento do contraditório e da ampla defesa, estes núcleos do devido processo legal, faz-se necessário interpretar o referido dispositivo legal sistematicamente para se extrair norma jurídica coerente com os fundamentos principiológicos que a sustém (TALAMINI; WANBIER, 2018, p. 382). Vejamos a abordagem doutrinária:

O princípio da ampla defesa e contraditório está intimamente ligado à concepção de processo, visto que faz parte da dialética que o processo desenvolve permitir e garantir a participação dos sujeitos que ali se relacionam.

É essa participação que legitima os resultados do processo, principalmente os adversos, visto que conferir o poder à pessoa – física, jurídica ou sem personalidade – para que discuta a titularidade de um bem jurídico, por meio da produção de alegações, provas e pela interposição de recursos, é uma clara concretização do princípio do devido processo legal, que garante

que bens ou liberdade não podem ser perdidos sem procedimento que valide essa consequência negativa. (KLIPPEL, 2018, p. 160)

Ainda mais se concordarmos em atribuir a ação de produção antecipada de provas a natureza jurídica de instrumento de jurisdição contenciosa, não se pode admitir a vedação do contraditória e da ampla defesa. Nesse sentido, a doutrina majoritariamente tem se inclinado a entender que a vedação de defesa a que se refere o artigo do diploma processual se detém na defesa de mérito da prova produzida:

Assim, a interpretação constitucionalmente mais adequada a esse dispositivo é a de que não caberá defesa sobre a força probante da prova produzida no bojo da produção antecipada da prova. (ARSUFFI, 2019, p. 211)

Além, tal incoerência seria destacada se não se interpretar o artigo 382 do CPC/15 mediante os princípios constitucionais por causa do §3º do mesmo artigo. Pois o mesmo garante a possibilidade do demandado formular pretensão para produção de provas na mesma ação, quando relacionado a causa de pedir. E, devido aos princípios já citados neste trecho, o autor após receber pedido contraposto do demandado também poderá apresentar sua manifestação quanto a esse pedido.

Inda, por mais que se mostre ausente segundo os dispositivos em lei, a doutrina pátria tem admitido e recomendado (BRAGA; DIDIER; OLIVEIRA, 2018, p. 171) a intervenção de terceiros de forma atípica para preservar a própria finalidade da ação de produção antecipada de prova. Pois aquele que poderá ser réu no futuro ocasionalmente já poderá usar a prova produzida para autocomposição da *lide* antes de haver necessidade do surgimento de outra ação.

Dessa forma, caberá ao demandado a denúncia à *lide* de qualquer parte interessada na produção da prova pleiteada. Aliás, recomenda-se que todos aqueles que possam vir a ser parte interessada na prova produzida sejam chamados ao processo para que todos já tenham ciência, acesso e possibilidade de manifestação sobre sua produção. Visa-se assim o aumento da eficiência na atuação jurisdicional.

1.8 LIMITES

Sob a mesma égide dos princípios constitucionais que firmam o direito de produzir a prova também estão os limites para o exercício desse direito, pois, afinal, nenhum direito é absoluto:

Nenhuma das partes pode invocar o direito constitucional à prova para justificar a utilização de meios ilícitos, pois a vedação também está prevista na Constituição, cabe ao juiz, exclusivamente, decidir sobre a necessidade e a convivência de sua produção, sempre à luz dos valores em conflito. (BEDAQUE, 1999, p. 189)

Assim como noutros institutos jurídicos de outros ordenamentos ao redor do mundo preveem limites a utilização da produção de prova em caráter "pré-constituente da ação principal" ou em qualquer situação antecipada (por exemplo, no próprio *pretrial discovery* que será abordado adiante), a utilização desse instituto para praticar abuso de direito também é defeso em solo pátrio.

Para além da já citada utilização da produção de prova com finalidade de adquirir informações de relevância econômica (utilizando-se do sistema jurisdicional de má-fé), o chamado *fishing expedition*, e o pedido por produção de outras provas ilícitas, a bibliografia especializada também alerta para a possibilidade da utilização desse instituto para prejudicar a parte contrária criando custos adicionais para esta (fazendo-a "gastar tempo" devido a infundáveis pedidos de diligência), pedindo uma sequência de produção de provas sem efetiva necessidade, visando a dilação do processo para ocasionar dificuldades ao demandado.

Devido a isso, valendo-se de outros dispositivos legais como o art. 139, IV do CPC ou do art. 206 da Lei de Propriedade Industrial (Lei 9.279/96), que se refere ao sigilo de informações de relevância econômica, os pedidos de produção de prova podem ser limitados pela manifesta intenção de dilação do processo ou por existência de sigilo protegendo determinada informação.

Para isso o juiz deve manter uma postura mais ativista do que privativa, presidindo o processo de forma que impeça a utilização perniciosa do mesmo por ambas as

partes. Pois, como ventilado acima, noutros países sob o sistema *Common Law* (sobre tudo os Estados Unidos da América), onde existe ampla utilização de instituto de produção de prova antecipada ao processo judicial principal (*pretrial discovery*), e onde o juiz por tradição ou cultura jurídica já assume um papel mais privatista na condução de qualquer processo, são diversos os relatos e apontamentos de abusos pelas partes na utilização dos artifícios previstos em lei para colheita de informações e provas (ARSUFFI, 2019, p. 161).

1.9 POSSIBILIDADE DE TUTELA PROVISÓRIA

Havendo o perigo da infrutuosidade (o perecimento da prova) e o perigo no tardar da produção da prova, as mesmas regras previstas nos artigos 294 a 311 do CPC/15 devem vigorar na condução da ação de produção de prova antecipada.

Vale frisar, entretanto, que tanto o pedido de tutela provisória de caráter incidental como o de caráter antecedente (que será estabilizado depois) deverão se referir ao meio de produção da prova e não a prova em si, pois estariam atingindo o pedido definitivo (ARSUFFI, 2019, p. 193).

No que tange ao pedido de tutela provisória de evidência, também é possível sua aplicação a ação de produção antecipada de prova. Com óbvia exceção do art. 311, inciso III do CPC/15 por se presumir a existência de prova pré-constituída.

1.10 VALOR DA CAUSA

Tratando-se de ação que não tem por finalidade resolução de mérito, não se mostra coerente cobrar as custas daquele que for demandado ou chamado ao processo, resta ao demandante, àquele que iniciou a ação, arcar com as custas processuais para produção da prova pleiteada:

Ocorre que, na ação de produção antecipada de prova, não há nenhum interesse econômico diretamente perseguido, e tampouco o direito material invocado pelo autor (direito autônomo à prova) tem conteúdo econômico aferível. Assim, tal como acontecia na vigência do CPC/1973, é extremamente difícil atribuir um valor às ações probatórias autônomas. (ARSUFFI, 2019, p. 200)

Devido a essa dificuldade de conferir valor a essa ação autônoma, o mais coerente e razoável numa situação concreto, pois pode ocorrer das partes nem saberem dimensionar o valor de uma possível ação principal, seria restringir o valor da ação probatória somente às custas que literalmente custarão para o andamento da mesma.

1.11 CITAÇÃO

Ante a todo o exposto neste trabalho, é inegável a necessidade de haver citação de todos os demandados assim como de todos os interessados que forem possíveis de se delimitar. Contudo, além do zelo pelos princípios do contraditório e da ampla defesa e de todos os possíveis decorrentes desses, a citação na produção antecipada de prova faz emergir a questão dos efeitos materiais da citação.

Sabe-se que a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça e a doutrina jurídica já haviam pacificado que a citação em ação cautelar de produção antecipada de prova interrompia o prazo prescricional (ARSUFFI, 2019, p. 205). Porém, em relação ao CPC/15, devido a atributo de ação autônoma que se atribui a ação de produção antecipada de prova, deixando de ser uma medida cautelar, pode-se elaborar uma equivocada dedução de que a referida ação não possui mais a qualidade de interromper o prazo prescricional.

Todavia, esse pensamento não deve prosperar por não ser a natureza preparatória própria da medida cautelar que causa a interrupção do prazo prescricional, mas a exteriorização da intenção da parte promover uma demanda judicial futura (ARSUFFI, 2019, p. 207). Mesmo que a parte produza a prova pretendida em ação

probatória e não ingresse com outra demanda judicial, é evidente que houve uma exteriorização de vontade de litigar. Pois, afinal, a demanda pressupõe a investigação do fato que constitui a *lide*.

1.12 DECISÕES

Nota-se que na ação de produção antecipada de prova haverá duas possíveis decisões, em regra: a decisão que garantirá a possibilidade ou não da prova ser produzida e a decisão que homologará (declarará) a prova produzida para sua utilização em processo futuro como afirma doutrina:

Após a realização da prova, a sentença será homologatória. A valoração da prova, como já mencionada, não é feita nesta ação, mas apenas no âmbito de eventual ação a ser ajuizada futuramente, junto com os demais fatos, servindo apenas para conservar as provas, até porque não há prevenção do juízo para o julgamento da ação principal que vier a ser ajuizada (art. 381, §3º). A produção encerrada, portanto, não afasta a discussão plena da prova no curso do processo futuro. (PINHO, 2018, 217-218)

Mesmo que por repetidas vezes a bibliografia específica se refira a ação de produção antecipada de prova como ação onde “não se discute mérito”, percebe-se que a decisão concedente ou não do meio de prova requerido passa pela cognição do juízo e ocorre em resposta ao requerimento do demandante da ação probatória.

Nisso podemos inferir que há uma análise de mérito, mas uma análise estrita a existência ou não do direito autônomo à prova propriamente (BRAGA; DIDIER; OLIVEIRA, 2018, p. 173), não produzindo coisa julgada a partir da matéria da prova em si. Desse pronunciamento jurisdicional caberá o exercício de recursos conforme habilita o Título II, Livro III do CPC/15.

Vemos que o próprio dispositivo legal (art. 382, §4º, CPC/15) apresenta outra contradição quando analisado a partir de uma hermenêutica sistemática. Pois o artigo do diploma processual reduz categoricamente o direito ao duplo grau de jurisdição ao condicionar a única possibilidade de recurso a decisões que indefiram totalmente o requerimento da prova. Assim se estabelece um desequilíbrio entre as

partes através do próprio texto legal, impedindo que o demandado recorra de decisão que concede o meio de prova e reconhece o direito autônomo à prova do demandante.

Nesse sentido entende a doutrina que o texto legal deve ser submetido aos princípios constitucionais do duplo grau de jurisdição, do devido processo legal e da igualdade (ARSUFFI, 2019, p. 219). Tornando, portanto, viável o ingresso de recurso atacando decisão de teor citado acima.

1.13 CUSTAS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Em continuidade ao já dito anteriormente, a ação de produção antecipada de prova é ausente de discussão de mérito quanto a valoração da prova produzida, restringindo uma possível discussão meritória somente em casos de permissão para produção de prova ou a extensão da mesma.

Nesse sentido, não é razoável que uma parte arque com custas que não pediu ou deu causa (art. 82, CPC/15). Caso haja pedido contraposto por parte de demandado ou qualquer requerimento de terceiro, aquele que pedir deve arcar com as custas de seu pedido ou, a partir do momento que fez requisição, receber parte das custas a definir pelo Juízo (PIMENTEL; RODRIGUES, 2019, p. 422).

A menos que exista algum deferimento jurisdicional concedendo os benefícios da Justiça Gratuita, não é coerente que a parte arque com as custas da produção de provas que não requereu, mesmo que alguma determinada parte ou terceiro interessado possa utilizar da prova produzida por outro polo na ação de produção antecipada de provas.

Destaca o autor Arthur Arsuffi que nos países orientados pelo sistema da *Common Law*, em especial nos Estados Unidos da América, é muito comum que uma parte se utilizando do sistema próprio de produção de provas pré-processuais (que veremos

adiante) requeira diversos procedimentos e diligências por estar ciente de que a parte contrária com menor poder aquisitivo será prejudicada por ser lá imperativo que ambas as partes custeiem a produção de provas sob a alegação de que estará disponível a ambos (ARSUFFI, 2019, p. 229).

Aponta o referido autor que a melhor solução é aplicar a regra geral do art. 82 do CPC/15 que incube o vencido em posterior processo onde haja discussão de mérito ressarcir os custos angariados pelo demandante em ação probatória pretérita: “§2º - A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou” (BRASIL, 2019, p. 411).

E, assim, prolatada a sentença homologatória, “os autos permanecerão em cartório durante um mês para extração de cópias e certidões pelos interessados” (PINHO, 2018, p. 218). Aplicando-se o art. 383 do CPC/15 após esse período, entregando os autos ao demandante inicial do processo.

2 DO DISCOVERY

Citando um ditado popular: "ninguém pode saber onde está se não souber de onde veio"; antes de adentrarmos na enumeração e uma superficial esquematização (logo se perceberá o porquê é impossível uma esquematização completa do *discovery* no presente trabalho) do instituto jurídico-processual do *discovery* e inevitavelmente sobre o *disclosures*, que sempre o acompanha e precede aquele, é essencial que passemos a analisar um recorte panorâmico do passado e constituição do sistema *Common Law* e seguirmos numa breve abordagem geral do sistema processual norte-americano.

Para compararmos dois institutos jurídicos de "famílias" diferentes se faz importantíssima essa abordagem pretérita para não incorrerem no equívoco de atribuímos semelhanças onde não existem ou diferenças em atributos que são semelhantes. Assim como tirar um texto de seu contexto e gênero literário possibilita

quase qualquer interpretação do significado do texto extraído, retirando um instituto jurídico do seu contexto normativo e jurisprudencial é possível torcê-lo para caber em quase qualquer interpretação da sua função e propósito num ordenamento jurídico.

2.1 INTRODUÇÃO HISTÓRICA AO SISTEMA PROCESSUAL DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA E OS ELEMENTOS DO *DISCOVERY*

Comumente nos cursos de Direito nas mais diversas matérias ou mesmo na bibliografia especializada em que se trata da História do Direito, as abordagens dos sistemas de Direito são brevemente tangenciados, abordando-se com mais destaque para o *Common Law* e o *Civil Law*, mas ainda assim somente para os apresentar como uma espécie de *mithóy*, uma "narrativa fundadora".

Certamente o destrinchar dos sistemas de Direito não cabe no presente trabalho, mas citá-los para demonstrar a complexidade do tema é adequado neste momento para que tenhamos sempre cautela ao adentrarmos no Direito Comparado, cientes de que apesar de todos os seres humanos serem iguais, com as mesmas necessidades, constituição e diversas características imanentes, o passado que precede os povos forma impressões, imaginário, comportamento, explicações, enfim, *weltanschauung* (palavra da filosofia alemã para se referir à "cosmovisão") por vezes diametralmente diferente de outros. Apesar da "promessa globalista" da contemporaneidade prometer certa uniformização dos povos, não é prudente olhar para outros ordenamentos jurídicos esperando uniformidade.

Dentre os antigos povos, especialmente os povos europeus, destaca-se um Direito causístico e repleto de peculiaridades, sempre baseados naquilo que hoje chamaríamos de direito natural. Distante disso, nos reinos e impérios que povoaram a região do Levante (Norte da África e Oriente Médio atuais) no Mundo Antigo haviam articulada presença de Direito escrito e formalidades tantas que não cabem

aqui e talvez fosse impossível dimensionar. Esses influenciaram o Mundo Clássico grandemente. E, indiscutivelmente, Roma lançou alicerces que nunca mais seriam tirados.

Roma influenciou todo o Direito mundial. Todos os ordenamentos jurídicos hoje têm influência romana (com as óbvias exceções de locais isolados e detidos numa idiossincrasia eterna), mas a forma como os povos receberam e mesclaram essas influências difere profundamente.

Os povos do contexto que hoje chamamos de "Mundo Islâmico", África, Madagáscar, Extremo Oriente e o (recentíssimo) judaico aderiram uma certa sistematização e formalização dos procedimentos, mas ainda mantendo traços processualistas que remontam a tradições antiguíssimas. Além de manterem em seus ordenamentos matéria normativa que decorrem de textos religiosos, interpretações de origem religiosas e práticas religiosas e tradicionais nos povos que habitam nessas regiões (SOARES, 1999, p. 26).

Devida a especificidade que cada um desses povos mesclou a influência romana com seus Direitos já estabelecidos (ainda mais por causa dos quase infinitos cenários belicosos que esses ambientes passaram, sempre trazendo instabilidade política e até cultural por vezes) é difícil traçar mais características comuns do que as já apontadas.

Além desses sistemas peculiares, autores também destacam a existência de um sistema de Direito socialista que foi encabeçado pela antiga União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (SOARES, 1999, p. 25). E é importante destacar essas diferenças porque cada sistema de Direito traz ênfases diferentes, percebe-se através dessas ênfases, que historicamente se estabelecem um possível "propósito" no trato jurisdicional do Estado-juiz (num sentido etéreo, ou "virtual", uma clara herança romana que extraiu a personalidade do governo) para com o jurisdicionado.

Nem mais antigo e nem mais recente, o sistema de Direito romano-germânico, que é chamado pela bibliografia inglesa de *Civil Law*, surgiu da fusão do Direito tribal germânico com o Direito Romano. Uma ênfase geométrica perpassa todo o Direito

romano-germânico ansiando por sistematização e exatidão no trato da Lei com a situação concreta. Bibliografia específica chega a afirmar que Hans Kelsen (1881-1973) é a "expressão máxima" da tradição romano-germânica devido a isso (SOARES, 1999, p. 56). Com sua "teoria pura do Direito", Kelsen atingiu o objetivo máximo da tradição romano-germânica de sistematizar e centralizar a prática jurisdicional, permitindo uma eficiente e presente atuação do Estado-juiz na tutela dos direitos dos povos. No sistema romano-germânico é claro um propósito de lógica e exatidão na atividade jurisdicional, uma clara influência da filosofia helênica e do Direito Canônico em si, para além de uma simples mescla dos procedimentos formalistas do Direito Romano.

O *Common Law* (que literalmente significa "Direito Comum") aparenta surgir de um trânsito mais complexo na sua constituição histórica. No século XI, quando a conquista normanda (do reino dos Francos, praticantes do sistema romano-germânico) tomou a Bretanha e anexou os reinos que lá estavam, a nova dinastia desenvolveu impôs um "direito comum" sobre todos os direitos dos povos germânicos e celtas que lá habitavam. Assim, além do já herdado Direito Romano junto ao Direito tribal-germânico, ainda se somou as peculiaridades dos reinos conquistados que habitavam as ilhas britânicas.

O "Direito Comum" era praticado pelos emissários do rei. Esses, a semelhança dos antigos *pretores* no Direito Romano, eram chamados de *judges* e percorriam todo reino inglês (o "circuito", até hoje esse termo está presente nos países que aderem o sistema *Common Law*) para fazer a justiça do rei entre o povo (SOARES, 1999, p. 32). De antemão esses *judges* já carregavam consigo quais possíveis "remédios jurisdicionais" resolveriam as situações apresentadas pelas partes no caso concreto e receberiam um pagamento como taxa pela prestação do serviço, anacronicamente falando: uma certa "custa judicial".

Os remédios jurisdicionais que os *judges* tinham autorização real para aplicar eram denominados *writs* e estavam em número limitado. Aponta bibliografia que a altura do século XIII existiam 56 *writs* que o *judge* e a parte deveriam conhecer para pedir adequadamente. E não raras vezes ocorria da situação concreta não se adequar a nenhum desses remédios jurisdicionais trazidos.

Daí, no contexto inglês medieval ainda, muitos *judges* começaram a aplicar por analogia determinados *writs* que antes foram feitos especificamente para outros casos concretos (SOARES, 1999, p. 33). E dessas aplicações por analogia surgiam precedentes que fundamentavam a aplicação do mesmo *writ* noutro caso semelhante, semelhante ao efeito "*erga omnes*".

Por exemplo, não havia nenhum *writ* específico para tutelar a relação contratual entre as partes numa relação privada (SOARES, 1999, p. 33), então, os *judges* utilizavam o *writ of trespass*, que tutelava dano (genérico) causado por ato ilícito, como remédio jurisdicional adequado para um caso concreto onde houvesse inadimplemento contratual.

No "Direito Comum" o judge recebia o pleito, decidia se o remédio pedido era realmente o *writ* adequado para o caso concreto narrado pelas partes e, após, chamava um conselho de leigos (jurados) para ouvirem as partes narrarem os fatos e arguirem seu suposto direito material para enfim o *judex* (jurados) decidirem para quem o *writ* deverá ser direcionado.

Todavia, mesmo com o número grande de *writs* (que também foram sendo acrescentados com o passar das décadas) e utilização ampla de analogia, infinitas *lides* não se adequavam aos remédios jurisdicionais dos *judges* e não recebiam o tratamento adequado do direito. Para solucionar essa questão, os reis ingleses criaram o *Equity* (SOARES, 1999, p. 34).

Nesse sistema que corria paralelo ao *Common Law*, nos seus primórdios se resumia na possibilidade de levar a *lide* diretamente ao rei, tendo um juízo de admissibilidade feito pelo Chanceler (que no século XI sempre era um clérigo e conselheiro pessoal do rei). O sistema do *Equity* permitia amplo acesso e não se detinha aos *writs* para dar resposta ao caso concreto. E, como já se pode imaginar, quando o rei não estava presente (fato certamente corriqueiro porque as cortes eram itinerantes e sempre haviam guerras, torneios e eventos periodicamente requisitando a presença real) era o próprio Chanceler que admitia e julgava a questão trazida.

Devido ao início desse sistema ser dirigido por clérigos, o Direito Canônico era amplamente aplicado trazendo, assim, um nível de sofisticação e segurança ainda não experimentado pelo *Common Law*. Após a Reforma Protestante, foi-se retirada a presença clerical da Igreja Católica Apostólica Romana e um sistema normativo próprio que vinha sendo desenvolvido há séculos a partir de precedentes e leis foi estabelecido como próprios do *Equity*.

Por fim, a convivência paralela entre os sistemas *Common Law* e *Equity* se perpetuou pela divisão de competência entre os dois sistemas. Por exemplo, enquanto ficava competente o sistema *Common Law* para dirigir *lides* envolvendo responsabilidade civil por danos (*torts*), o sistema *Equity* era aplicado para dirimir questões de contratos comerciais.

Durante as expansões coloniais que agitaram o mundo inteiro por mais de quinhentos anos, o sistema *Common Law* (refiro-me genericamente ao *Common Law* e *Equity*) se espalhou por todo mundo e hoje é aderido pela:

Austrália, Nova Zelândia, Canadá (Província de Quebec), Índia, Paquistão, Bangladesh, Quênia, Nigéria, Hong Kong, Guiana, Trinidad e Tobago e Barbados, dentre outros. Os EUA, salvo o Estado da Louisiana, são considerados um sistema misto, conquanto pertencente à *Common Law* (e a Escócia, Israel, África do Sul e Filipinas, países de sistema misto, pertencentes à família romano-germânica). Nos EUA, as antigas possessões espanholas, como a Califórnia e o Texas, embora reflitam, em alguns aspectos dos direitos de família, algo das leis dos antigos colonizadores, certamente são do sistema da *common law*; a Louisiana, contudo, dentro dos EUA, é o único Estado da Federação que se conservou fiel aos primeiros colonizadores franceses e espanhóis, uma vez que pertence à família dos direitos romano-germânicos (da mesma forma, Porto Rico, que é um Estado Associado). (SOARES, 1999, p. 52)

Restringindo-se a aplicação desse sistema no vasto, heterogêneo e complexo contexto norte-americano, na época colonial e nos primeiros anos após a proclamação da independência, a balize entre o *Common Law* e o *Equity* se manteve na forma inglesa, recebendo alguns novos tribunais e competências delimitadas pelos *Bill of Rights* (primeiras dez emendas constitucionais que vigoraram a partir do ano seguinte à promulgação da Constituição, ou seja, ano de 1789).

Os institutos do *disclosure* e do *discovery*, que sempre andaram juntos, são antigüísimos no sistema *Common Law*. Usando-se somente o termo "*discovery*" para se referir à etapa de produção de provas na fase *pretrial* da *lide*, esse instituto inicialmente se tratava de simples declarações que das quais se tomavam nota e apresentavam ao *judge* para manter guardada consigo até o momento de julgamento de direito definindo o *writ* adequado) e de julgamento de fato pelos jurados. Até o século XIX, a produção de provas mais elaborada era no sistema *Equity* e presidida pelo magistrado norte-americano.

Em decorrência de diversas reformas jurisprudenciais e legislativas que ocorreram no decorrer do século XIX em todos os Estados Unidos da América (FOLLE, 2012, p. 134), o *discovery* passou a assumir uma posição mais abrangente na produção de provas nos processos civis e criminais que correm no sistema *Common Law* deixando de ser somente um pedido para a parte contrária revelar informações relacionadas ao litígio:

Tanto no processo cível quanto no criminal podemos distinguir duas fases: *Before Trial* e a fase do *Trial*, propriamente dito, dominada aquela pela figura do juiz e os julgamentos de questão de direito e esta, pelo júri e as decisões sobre fatos. O paralelismo é flagrante entre o processo na *common law* e aquele existente no período formular do Direito Romano, com as fases *apud judicem* e *in judicio*, aquela desenrolada perante o *praetor*, esta perante um leigo, o *judex*. (SOARES, 1999, p. 111)

Como já aludido acima, os processos judiciais no sistema *Common Law* são divididos em duas fases (sistema bifásico): *pretrial* e *trial*. Na fase *pretrial* existe a presidência do juiz em todos os atos, mas, devido a própria tradição do *Common Law*, é imperativo que o juiz em todos instante se porte de maneira privatista, deixando que as partes movam o processo através de suas diligências autorizadas e petições. Após, se as partes não buscarem uma autocomposição e ainda juntarem provas suficientes para garantir pontos controvertidos de forma que o magistrado se convença da importância de se instaurar um *case* ("litígio" ou "caso"), a discussão almejada pelas partes entra na fase *trial* que será presidida pelos jurados, cabendo ao juiz somente a aplicação do direito propriamente.

Com o fim do século XIX, o ambiente doutrinário nos Estados Unidos da América se voltou para aperfeiçoar os procedimentos civis, trazendo sobretudo celeridade.

Desse esforço resultou o Código Federal de *Civil Procedure* em 1938 (FOLLE, 2012, p. 135). Lembrando que ainda cada Estado da Federação tem sua autonomia para legislar em matéria processual. Entretanto, acompanhando os "ares doutrinários" que se estendiam sobre o país naqueles dias, muitos códigos de procedimentos civis dos Estados acompanharam as modificações procedimentais encabeçadas pelo código federal de procedimentos civis.

Insta realçar que no ordenamento jurídico norte-americano as competências são definidas pela Constituição Federal e pelas Emendas Constitucionais, assim como a criação de alguns tribunais que não existiam na época colonial e nem na Inglaterra. Por isso, também existem os tribunais e juízes federais que julgam com base em leis específicas. Mas se percebe que os Estados da Federação tendem a ser influenciados pelos códigos federais, assim como a jurisprudência da Suprema Corte Federal exerce grande influência nas decisões dos tribunais e supremas cortes estaduais (e tribunais especiais).

A partir de 1938, então, no *Federal Rules of Civil Procedure* (e noutros também, como ocorreu no Estado de Nova York) o *discovery* se tornou a última etapa da fase *pretrial* e adquiriu o caráter moderno que compõe. O início do processo civil se dá no ajuizamento de uma ação pela parte interessada onde é apresentado uma "petição inicial extremamente enxuta". A depender do Estado federativo essa petição inicial mudará de nome, mas pela regra número 7(a)(1) da *Federal Rules of Civil Procedure*, usa-se o mais comum "*complaint*" ("queixa"): "Rule 7. Pleadings Allowed; For Motions and Other Papers. (a) Pleadings. Only these pleadings are allowed: (1) a **complaint**; [...]" (USA, 2019, p. 102). Mas não importando o nome que se dê, essa petição somente relatará de forma brevíssima o fato constituinte de direito, não fará alegações de direito e terminará com somente um pedido, um remédio jurisdicional para o caso concreto, como o *writ* (SOARES, 1999, p. 113).

Realça-se que a subjetividade do direito material no ordenamento norte-americano é bem mais abrangente do que no direito brasileiro. Não é por acaso que depois a própria parte interessada buscará a assinatura de um funcionário da corte para a própria parte demandante citar (*summon*) o demandado, levando consigo uma contrafé (GODOY, 2004, p. 17). Ato conseqüente, o demandado terá 21 dias em

regra conforme *rule* 12(a)(1)(A)(i) (USA, 2019, p. 105), podendo haver algumas exceções regidas por outras regras no diploma de procedimentos, caso não haja manifestação do demandado, aplica-se a revelia.

Outra novidade aperfeiçoada pela reforma normativa outorgada pela *Federal Rules of Civil Procedures* em 1938 foi o estabelecimento “de uma vez por todas” (pois já havia essa prática em alguns direitos processuais americanos) do *disclosure* obrigatório. Conforme regra 7.1 (*disclosure statement*), uma série de documentos e depoimentos já devem ser juntados na manifestação do demandado.

Por óbvio, após o recebimento da “contestação” na corte, diversos eventos podem ocorrer no processo. Um chamamento à *lide*, uma alegação de nulidade (*overruled*), a intervenção de terceiros, emenda, substituição das partes, dentre outros. Entretanto, nada havendo, haverá a “réplica”, a “tréplica” (do demandado) e, por fim, organizam-se as *pretrial conferences* (regra 16). Nessa etapa haverá uma audiência onde o litígio será desincentivado, marcar-se-á a audiência do *trial* (se for o caso) ou se pedirá um julgamento sem resolução de mérito mas com uma determinação pelo magistrado (não temos nenhum correspondente dessa possibilidade no nosso ordenamento) ou as partes pedirão o julgamento antecipado. Nessa etapa pode ocorrer a autocomposição em audiência findar o processo.

Após, inicia-se a última etapa *pretrial stage*: o *discovery*. Esse instituto está previsto, no caso do código federal de processo civil, no título V do mesmo (USA, 2019, p. 120). Findo o *discovery*, haverá o *trial* concentrado numa única audiência com 12 jurados, em regra (existem situações nos diplomas federais que incluem mais jurados).

Orientado pela tradição historicamente estabelecida, o juiz se portará de forma privatista, ou seja, agirá somente mediante provocação respeitando a disposição do direito subjetivo da parte, inclusive nos processos criminais onde o promotor público de justiça que “detém o direito” de dispor da punição estatal. O juiz só “olhará para o processo” se houver alguma provocação direta de alguma parte requisitando a tutela jurisdicional na aprovação de algum procedimento (HAZARD JUNIOR; TARUFFO,

1993, p. 89). Sendo assim, três objetos principais serão buscados nesse momento processual:

Resumidamente, os principais objetos da *discovery* são três. O primeiro, e menos controverso, consiste na preservação de informações importantes que correm o risco de se perderem até o julgamento, a exemplo de testemunhas idosas ou doentes, ou que estarão fora da jurisdição até o momento do início do julgamento. O segundo corresponde à fixação das questões que efetivamente são controversas entre as partes. E o último objeto da *discovery* é o descobrimento de quais testemunhos e outras provas estarão disponíveis para cada questão de fato em disputa. Antes da *discovery*, o único mecanismo ao alcance das partes era a investigação privada. (FOLLE, 2012, p. 137)

Qualquer tipo de prova poderá ser produzida no *discovery*. Para isso, as regras de número 26 a 37 (o título V inteiro) preveem cinco instrumentos: *depositions*, *interrogatories*, *production of things*, *physical and mental examinations* e *request for admissions*. E ainda poderá haver a *expert witness* (ROCHA; SOUZA, 2015, p. 212), o “técnico que dá opinião” não sobre o fato, mas sobre o fenômeno em si.

O instrumento da *depositions* são espécies de depoimentos coletados pelas partes no escritório dos próprios advogados. Esse procedimento deve ser requisitado por escrito e a parte vai depor sob juramento. Os *interrogatories* são perguntas por escrito dirigidas diretamente às partes, não cabendo às testemunhas, podendo ser forçado a responder por ordem judicial. O *production of thing* (nome abreviado para o procedimento) é o instrumento para se pedir acesso a documentos e coisas. *Physical and mental examinations* é o pedido de exame físico e de sanidade mental, sendo o único procedimento que permanece sobre controle do juiz. O *request fo admissions* permite que uma parte reconheça determinados fatos ou provas de outra parte quando o elemento controverso do litígio seja de difícil definição. Por fim, posta de forma generalizada no procedimento norte-americano, é possível a realização de perícias (FOLLE, 2012, p. 142-145).

Os gastos com os procedimentos serão determinados pela corte. O pedido do procedimento é feito e a corte decidirá quem pagará, conforme regra de número 37 (a)(5) (USA, 2019, p. 135). Ambas as partes poderão pagar pela diligência, uma parte somente pagará se a outra justificar ou a corte não ordenará o pagamento se ele se mostrar manifestamente injusto.

Terminada a produção de provas conforme a agenda definida na (ou nas) *pretrial conference*, poderão haver as decisões acima já citadas ou a autocomposição. Caso as partes optem por “colocar o processo no escaninho ‘para julgamento’” e o juiz entenda que ali se solidificou uma *lide* (um “*case*”) que deve ser apreciado pelo Poder Judiciário, haverá o *trial* e nenhuma prova poderá ser produzida a mais, somente em situações excepcionalíssimas.

Como se percebe ao analisarmos o instituto processual acima exposto, o *discovery* é uma etapa que emparelha as partes para o litígio, traz celeridade inquestionável para a formação da *lide*, instrui o processo de forma que minimize as dificuldades do magistrado em apreciar a questão, impede as surpresas e artifícios de advogados guardando provas para momentos chaves e, o mais importante na nossa concepção, influencia as partes à autocomposição pois uma das partes verá que suas chances de vitória no *trial* são mínimas devido as provas produzidas. Certamente, benefícios caros e almejados por todo processualista: celeridade, eficiência e autocomposição sob direção do Estado-juiz.

2.2 LIMITES E CRÍTICAS

Nenhum sistema de Direito é perfeito, ainda mais se nesse sistema houverem advogados. Brincadeiras à parte, sempre há uma forma de “burlar” o procedimento ou utilizá-lo de forma maliciosa para prejudicar a parte adversária. Se não fosse assim, se as “engrenagens processuais” norte-americanas funcionassem perfeitamente, não haveria a constante necessidade dos diplomas legais alertarem quanto as sanções por mal utilização de um instituto jurídico.

No que tange ao *discovery*, desde muito cedo este foi utilizado por corporações concorrentes no intuito de descobrir alguma informação industrial ou de relevância econômica, estratégias, planos, produtos e outros dados (essa prática recebeu o nome de *fishing expedition*, já ventilada acima).

Em resposta a isso, criaram-se os *privileges* sobre documentos e informações, literalmente uma proteção de sigilo como ocorre no nosso ordenamento, para que o processo civil não seja utilizado de forma mal-intencionada (ROCHA; SOUZA, 2015, p. 210).

Ainda, com o intuito de danificar a parte contrária ou tornar o processo tão oneroso que a faça desistir do litígio mesmo tendo o direito, ainda se pode realizar vários requerimentos de produção de provas e arguir pela divisão *pro rata* das custas (FOLLE, 2012, p. 149). O juiz de caráter privatista acaba ordenando o pagamento das custas e a parte “vítima” do mal-uso do instituto processual é danificada. Ainda, pode-se fazer vários requerimentos somente para retardar o *pretrial* e tornar o litígio demasiadamente custoso financeiramente (arcar com advogado, locomoção, atos e documentos) e moralmente (um processo judicial “sobre sua cabeça” constantemente). Especialmente na cultura americana, onde se há um grande temor em relação ao Poder Judiciário, ter um processo correndo contra um americano é algo que o pode perturbar.

Talvez, também devido a postura do Estado-juiz na condução do processo, o *discovery* pode facilitar enormemente a causa para aquela parte que tiver condições financeira de pagar um bom advogado (não só com amplo conhecimento, mas amplo network e capacidade de locomoção) ou financiar diversas produções de provas. Por fim, a parte com menos condições financeiras fica a “ver navios”.

Certamente esses são problemas contornáveis quando se têm juízes dedicados, detalhistas e exaustivos na direção da corte. Assim como servidores perspicazes e advogados (e promotores públicos de justiça) empenhados numa condução ética e elaborada do processo judicial. Mas, como falamos no início deste capítulo: o passado do povo pode torna-lo bem diferente de outros, mas não deixam de ser humanos com as mesmas virtudes e vícios que se encontram em todos os lugares.

3 A AÇÃO DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS SERIA O "DISCOVERY BRASILEIRO"?

Caminhando para conclusão do presente trabalho, após a abordagem e exposição de dois institutos jurídico-processuais e sua contextualização histórica, para construirmos uma adequada comparação para afirmar se a “produção antecipada de provas” brasileira seria um “espelho”, uma adaptação ou uma espécie de *discovery* “brasileiro”, é necessário tomarmos alguns cuidados. Como, primeiro, não buscarmos semelhanças na estrutura jurídica, partes, procuradores e Estado-juiz, por exemplo, mas nos atermos ao instituto jurídico em si, os princípios que o fundamentam imediatamente e os propósitos que a utilização do mesmo que alcançado no seu próprio ordenamento:

A execução das pesquisas comparativas auxilia-se da técnica de amostragem, pois nenhuma regra nos obriga a comparar todos os sistemas de direitos, ou todos os institutos e teorias jurídicas existentes. Muitas vezes é suficiente comparar uma parte representativa desse conjunto de sistemas, legislações, institutos e teorias. (SERRANO, 2006, p. 95)

Assim, “[...] através de uma comparação de institutos, encontrar um [instituto jurídico] que cumpra as funções do [instituto] desconhecido, ou combinar vários, de maneira que as finalidades daquele se cumpram (SOARES, 1999, p.21)”. É possível haver um intercâmbio de institutos jurídicos ou a tomada de algum como inspiração ou modelo.

Talvez seja possível afirmarmos que uma tendência de aproximação com o *Common Law* surgiu e tem se tornado pulsante nos últimos anos. Enquanto, desde os anos de 1990 autores já podiam constatar uma tendência inversa nos países de sistema *Common Law*, especialmente referente aos Estados Unidos da América:

Interessante observar, igualmente, que, dada a predominância dos *case laws* na *Common Law*, o sistema se torna em grande parte muito mais nacionalista que os da família romano-germânica (veja, em particular, o papel, de certa forma relevante, da doutrina estrangeira no direito brasileiro). Até fins do século passado, alguns *cases* ingleses eram citados nos EUA; hoje, conforme constataram os autores norte-americanos consultados para este trabalho, nenhuma influência a *Common Law* inglesa exerce nos EUA. Contrariamente, é do conhecimento do autor que, na

Inglaterra, pelo menos em matéria de responsabilidade civil extracontratual (*torts*), tem havido, com alguma frequência, invocação do *leading case* *Babcock v. Jackson* nos julgados ingleses (responsabilidade civil por acidente com automóvel). (SOARES, 1999, p. 53).

É notável quando se vê em obras como as abordadas neste trabalho que diferentes países estão internalizando essa praticidade e maneiras de produção de provas para incentivar a autocomposição e melhor instrução processual. A Espanha, por exemplo, sendo um país que vive o sistema de Direito *Civil Law*, internalizou um instituto processual de produção antecipada de provas chamado “Diligências Preliminares” (PIMENTEL; RODRIGUES, 2019, p. 423). Um instituto jurídico que lembra muito a produção antecipada de provas brasileira.

Portanto, tendo esse propósito de promover a autocomposição e a instrução processual através da instrução processual pretérita ao julgamento e fase saneadora, podemos denominar a ação de produção antecipada de provas um instituto jurídico-processual similar ao *discovery* norte-americano: “como pode se ver, no sistema processual civil norte-americano toda a produção de prova, feita através da *discovery*, pode ser considerada, em relação ao processo brasileiro, como prova antecipada” (FOLLE, 2012, p. 149).

Contudo, a igualdade entre ambos os institutos ainda é distante. Uma equiparação é plenamente possível, mas os pilares que fundamentam o Poder Judiciário brasileiro tornam esse instituto bem diferente da sua versão americana. E, talvez, um “diferente” para melhor. Porque na atividade jurisdicional brasileira a figura do magistrado tem uma postura ativista que seguramente impediria muitas injustiças e má-utilizações do *discovery* no ordenamento norte-americano.

Pela inserção recente desse instituto, sua não-obrigatoriedade e perceptível “falta de popularidade”, provavelmente não é possível que tracemos previsões sobre o futuro desse instituto jurídico no Brasil. Todavia, quanto a abordagem doutrinária e bibliografia específica, muita expectativa sobre as benesses que a produção antecipada de provas pode trazer é perceptível nas páginas de seus autores. E os muitos trabalhos de altíssima qualidade podem nutrir uma perspectiva muito positiva.

CONCLUSÃO

No vasto mundo informatizado, muito conhecimento útil tem sido produzido e o intercâmbio acadêmico parece ter alcançado limiares nunca antes imaginado. As mais diferentes áreas do Direito buscam modelos e inspiração nos institutos que “estão funcionando” nos seus respectivos países e, com as devidas adequações, podem também ser instrumentos úteis para pacificação social em terras pátrias.

Experimentamos hoje com a inserção da produção antecipada de provas um instituto de instrução processual antes do saneamento e fase de julgamento no ordenamento jurídico brasileiro, sem necessidade de demonstração de urgência e tendo a figura ativa do juiz para intervir e garantir uma eficaz utilização do instituto.

Um procedimento dessa natureza promete instrução probatória suficiente para melhor instruir o processo e diminuir as dificuldades do Estado-juiz no entendimento e, conseqüentemente, aplicação do melhor remédio jurisdicional na tutela do direito do cidadão. Podemos afirmar que aumentar a eficiência e celeridade processual é atingir alvos que reafirmam a dignidade humana e, portanto, aperfeiçoamentos processuais dessa natureza devem ser sempre alvos na prática forense e legiferante.

O instituto do *discovery* que assumiu sua forma como a conhecemos hoje no ano de 1938, tendo o *Federal Rules of Civil Procedure*, como o principal baluarte para os outros sistemas processuais norte-americanos, inaugurou um novo momento de aperfeiçoamento do processo civil. E atualmente vivemos ainda um novo momento de intercâmbio entres os ordenamentos jurídicos que pode proporcionar mais estudos interessantíssimos e internalizações como o instituto da produção antecipada de provas que corroborem sempre para o princípio do *Due Process of Law* (devido processo legal).

REFERÊNCIAS

ARSUFFI, Arthur Ferrari. **A nova produção antecipada de prova**. Salvador, BA: Ed. JusPodivm, 2019.

BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JUNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 13. ed. Salvador, BA: Ed. JusPodivm, 2018. v. 2.

BRASIL. **Código de processo civil**. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 09 de nov. de 2019.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Garantia da amplitude de produção probatória. In: **Garantias constitucionais do processo civil: homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova**. São Paulo: RT, 2001.

CAMBI, Eduardo; PITTA, Rafael Gomiero. Discovery no processo civil norte-americana e efetividade da justiça brasileira. **Revista de Processo: RePro**, São Paulo, v. 245, julho, 2015. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.245.16.PDF>. Acesso em: 22 de abr. de 2019.

FOLLE, Francis Perondi. A prova sem urgência no direito norte-americano: um exame do instituto da *discovey*. **Revista de Processo**, ano 37, v. 204, fev. 2012.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Enciclopédia Saraiva de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 62.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito nos Estados Unidos**. Barueri, SP: Manole, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Mudanças estruturais no processo civil brasileiro. **Revista Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 1, p. 197-223, 2006.

HAZARD JUNIOR, Geoffrey C.; TARUFFO, Michele. **American Civil Procedure**: na introduction. Woburn, MA, USA: Yale University Press, 1993.

KLIPPEL, Rodrigo. **Teoria geral do processo e teoria do processo civil brasileiro**. Indaiatuba, SP: Ed. Foco, 2018.

MELO, Valber; BROETO, Filipe Maia. O método do *discovery* e a busca da paridade negocial. **Revista Consultor Jurídico**, 17 de out. de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-out-17/opiniao-metodo-discovery-busca-paridade-negocial>>. Acesso em: 20 de abr. de 2019.

MARINS, Graciela Iurk. **Produção antecipada de prova**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

NASCIMENTO, Valéria Ribas do; PEREIRA, Marília do Nascimento. As novas faces do constitucionalismo: os desafios para efetivação da constituição na sociedade informacional. **Revista Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 17, n. 1, p. 249-367, jan./jun. 2016.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. **Mutação Constitucional**: interpretação evolutiva da Constituição na democracia constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2017.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Direito processual civil contemporâneo**: processo de conhecimento, cautelar, execução e procedimentos especiais. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 2.

PIMENTEL, João Ricardo Ferreira Fortini; RODRIGUES, Marco Antônio. A preparação do processo civil: produção antecipada de provas, diligências preliminares, *pretrial discovery* e os *pre-action protocols*. **Revista de Processo**, São Paulo, Ed. RT, v. 290, ano 44, p. 413-438, abr. 2019.

ROCHA, Raphael Vieira da Fonseca; SOUZA, Marcia Cristina Xavier de. Aspectos probatórios na arbitragem: a possibilidade e a efetividade da utilização da *discovery* sob o ponto de vista da parte brasileira. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 45, ano 12, p. 203-228, São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2015.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law**: introdução ao direito dos EUA. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

SERRANO, Pablo Jiménez. **Como utilizar o direito comparado para elaboração de tese científica**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

TALAMINI, Eduardo; WANBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil**: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória). 17. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2018. v. 2.

UNITED STATES OF AMERICA (USA). **Federal rules of evidence, criminal procedure, civil procedure**. Monee, IL, USA: NAK Publishing, 2019.

WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. **Direito e justiça no Brasil colonial**: o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro 1751 e 1808. [S.l.]: Ed. Renovar, 2004. Disponível em: < <https://core.ac.uk/download/pdf/71612420.pdf>>. Acesso em 08 de nov. de 2019.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009.